POR

EL CONDE, Y CONDESA DEL Castellar, y Villa Alonso, Marqueses de Malagon.

CON

Los Marqueses de la Mota, y Ribas.

1 Tiene la Condesa auto de vista del Cõsejo en cõtrá; en q̃ se mãda, *q̃ se põgã en sequestro los bienes del mayorazgo sobre q̃ es el pleito, q̃ vacò por muerte de D. Diego Pardo Tauera*, el qual pretende la Condesa se enmiende, y reforme, declarando no auer lugar el sequestro que se pide, por los fundamentos siguientes.

2 El primero, porque el sequestro es regularmente prohibido, *l. vnic. C. de prohibit. sequestrat. pecun. tit. de sequestrat. possess. & fruct. l.* 1. *&* 2. *tit.* 9 *part.* 3. *l.* 3. *tit.* 10. *lib.* 4. *Recop.* Y asi no se han de començar los pleitos por èl, Paz *de tenut. cap.* 10. *num.* 2. Ludouis. *decis.* 118. *num.* 1. D. Valenç. *cons.* 43. *num.* 168. *& cons.* 140. *num.* 1. D. Larr. *decis.* 58. *nu.* 1. *tom.* 2. Rot. apud Paul. Dur. *fol.* 472. *num.* 3. *tom.* 1. porque es odioso, D. Valenç. *dict. cons.* 43. *num.* 168. *& dict. cons.* 140. *num.* 1. y el que le pretendiere ha de probar, que es caso exceptuado por derecho el en que le intenta, para que se pueda mandar hazer el sequestro, Paris. *cons.* 41. *num.* 22. *lib.* 1. Ludouis. *decis.* 118. *num.* 2. ibi: *Et vt concedatur debet dari casus exceptuatus, in quo iura illud permittant*; y nunca este se podrà extender por el odio que en si tiene, Paz *cap.* 11. *num.* 22. y se llama, y tiene por remedio desesperado, Post. *de manut. obser.* 75. *n.* 17. *&* 22.

3 Y no han probado los Marqueses, que el caso deste pleito, en que le piden sea excepcion desta regla, antes la Condesa justifica, que le asisten las doctrinas de los casos especiales para que no se haga.

El

4 El segundo fundamento es, que siempre el que litiga ha de ser conseruado en aquel estado que se halla al tiempo en que se comiença el pleito, *capit.1.vt lit.pendent.* Ludouis. *dict.decis.* 118. *num.*1. Raudens. *de analog.lib.*1.*cap.*39.*num.* 125. Dom. Larrea *decis.*58.*num.*3.

5 Y estando el Conde del Castellar, padre de la Condesa, en la possession de los bienes de los mayorazgos que vacaron por muerte de Don Diego Pardo Tauera su tio, al tiempo que se intentò el pleito de tenuta por el Marques de la Mota, como se probarà infra *num.* Y auiendo continuado la misma possession la Condesa su hija, que la tomò, y aprehendiò despues que su padre muriò, y mucho tiempo antes que el Marques de Ribas saliesse a este pleito, deuen ser conseruados ambos en su possessiõ, y durante el pleito, gozar del vtil della, como resueluen Anton. Gom. *in l.*45.*Taur.num.*197. D. Molin. *lib.*3.*capit.*23.*num.*72. D. Larr. *dict.decis.*58.*num.*1.*in med.* aunque huuiesse temor, ò rezelo de que las partes podian tener pleitos, y disensiones, como el mismo señor Larrea comprueba *à n.*1.

6 El tercer fundamento es, que tampoco el sequestro se puede mãdar hazer, quando consta por el pleito, que vna de las partes està en la possession actual de los bienes, Ludouis. *decis.*61.*n.*1. *& decis.*437.*n.*4. vbi Beltramin. *num.*7. *& decis.*9.*num.*3. *& decis.*69.*num.*8. Rot. apud Farinat. *decis.*35.*num.*2. *& decis.*393.*num.*8. Post. *obseruat.*75.*numer.* 16.18. *&* 19. que prueba, que no solo se ha de hazer el sequestro, sino que la parte que tiene la possession ha de ser manutenido en ella, D. Larr. *d.decis.*58.*n.*1.

7 Aunque la possession no tuuiesse justificacion bastãte por los titulos, porque sin embargo impiden el sequestro, y esto se ha de examinar en la sentencia, Paz *cap.*10.*num.*7. ibi: *Vbi eleganter resoluit iudicem debere summatim examinare, quis sit in possessione actuali non tamen de eius iustificatione inquirere, cum sufficiat nullũ nomen actualis possessoris ad obtinendum in interdicto interim, & sequestrationem excludendam.* Y en el *num.* 9. funda, que serà atentado lo contrario, aunque huuiesse qualquiera recelo de disgustos, y pesadumbres. Y en el *num.*10. cita por esta sentencia a Molina *lib.*3.*cap.*13.*num.*71. *&* 72. y otros muchos a quien se deuen añadir, Ludouis. *d.decis.*9.*n.*3. *&* 17. Post. *obseru.*75.*a nu.*16. *& n.*22. *&* 23. Hermosill. *l.*1.*tit.*3.*part.*5.*glos.*3. *&* 4.*num.* 12.*fol.* 178. *tom.*1. Barbos. *in collect.ad l.*4.*C.de prohibit. sequestr.n.*4.

8 Principalmente quando la possession que la parte tomò

fue

fue judicial, que se tiene por justa, y legitima, *l. iuxte, ff. de adquir. possess.* y se presume por ella, y por el juez que la mandò dar, Menoch. *lib. 2. præsump. 67. per tot.* y impide mas precisamente el sequestro. D. Larr. *d. decis. 58. n. 2.*

9 Y auiendo estado el Conde en la possession actual, y legitima destos bienes (como se probarà infra *à nu.* quando se responda a lo q̃ contra ella se opone) y continuadola la Condesa despues de su muerte, aprehendiendola tambien, no se puede en perjuizio suyo mandar hazer este sequestro.

10 El quarto, q̃ no solo la possession actual basta para impedir el sequestro, pero aun qualquiera ocupacion de los bienes, dà motiuo para que no se pueda hazer *l. si quis ante, ff. de acquir. poss.* ibi: *Non vt possederit, sed vt in possessione esset*, Paz *dict. cap. 10. n. 11.* ibi: *Regulariter ad impediendam sequestrationem sufficere soleat qualiscumque occupatio bonorum, cum non disceptetur, quis iuxte possideat, sed quis actualiter in possessione sit.*

10 Segun lo qual, aun la insistencia sola de la possession de la Condesa, y su padre destos mayorazgos impidieran el sequestro, y auiendose pedido siempre por su parte, la manutencion en ella es mas fuerte, y prepondera, y se ha de determinar sobre este remedio denegando el sequestro.

11 El quinto fundamento es, que quando esta possession la huuiesse tenido la parte tres años, no tiene lugar despues dellos el sequestro, ni se puede mandar hazer, *Clement. vnic. de sequestrat. possess. & fruct.* Ricc. *decis. 722.* Grat. *tom. 1. cap. 114.* Marescot. *lib. 2. variar. cap. 77. à princip.* Ricc *decis. 722.* Zeuall. *tom. 5. quæst. 158. in princ.* Salg. *de Reg. protect. 2. part. cap. 16. n. 12. & 3. p. c. 6. num. 11.* D. Larr. *d. decis. 58. n. 3. in fin.*

12 Y en pleito de tenuta es mas preciso este fundamẽto, porque excluyendose por la possession de seis meses, *l. 9. tit. 7. libr. 5. Recop.* D. Molin. *lib. 3. cap. 13. num. 56.* Paz *c. 16.* de necessidad ha de bastar menos tiempo para excluir el sequestro en el.

13 Y el Conde Don Fernando Miguel Arias, padre de la Cõdesa, tomò esta possession el año de 47. que viene a auer mas de seis años, y la Condesa su hija ha cerca de tres años q̃ la tiene, y assi contra ninguno se puede mandar hazer el sequestro, y mucho menos quãdo la vna possession aprouecha, y ayuda a la otra, como se dirà infra *n.*

14 El sexto fundamento es, los defectos grandes que padece el testamento de la fundacion, que es vn papel simple, que no tiene

ne subsistencia alguna por ser traslado de traslado, sacado sin citacion de persona alguna, ni mandato de juez, y en el se supone, que el señor Doctor Peri-Yañez otorgò dicho llamado testamẽto ante escriuano, y notario publico, y no està firmado de escriuano, ni notario, sino solo de vna firma, que dize, Relator, En testimonio de verdad fize aqui mi signo, Ferdinandus Doctor Refrendarius Secretarius, sin auer firma de escriuano, ni constar que lo fuesse el que se dize Relator, y pone dicho nombre, ni ay signo de el, ni està firmado del dicho señor Doctor Peri-Yañez. Y a primero de Iulio de 72. se dize, que Pedro de Arriola presentò dicho llamado testamento en Audiencia publica en nombre de Doña Catalina, y Doña Maria sus partes, sin dezir, ni afirmar, que fuesse original, ni para que efecto, ni ante que juezes, ni ay firma de escriuano, que autorice dicha presentacion, ni si fue el año de quatrocientos, ò quinientos. Y este mesmo llamado testamento se dize se presentò en Valladolid ante los Oidores, estando en Audiẽcia publica Viernes 19. de Mayo de 1497. por Anton Doro, en nombre de Diego de Vlloa su parte, è para en prueba de su intencion, è guarda de su derecho, en el pleito que ante ellos ha, è trata con el Adelantado Pedro Lopez de Padilla, en quanto por el dicho su parte hazia, è hazer podia, y no mas, ni allende. Y que los Oidores dixeron, que lo oian, y da fee desto Christoual de la Serna, con que se descubre mas la incertidumbre del dicho llamado instrumento, pues la segunda presentacion fue mas de veinte años despues del que se presentò el año de 92. y venia a ser traslado de traslado, y este vltimo es traslado de aquel q̃ se hizo, y presentò el año de 97. sin ser presentado por ninguno de los antecessores, ni persona que tuuiesse derecho a este mayorazgo, ni por causa del. Y este vltimo traslado tambien se supone se sacò en la Ciudad de Toro estando la Corte, y Chancilleria en dicha Ciudad en 19. de Febrero de 1519. veinte y quatro años despues del tercero llamado trasumpto, con los mesmos defectos. Y como de su inspecion parece, ninguno de los posseedores de este mayorazgo se han valido del, ni le han presentado en juizio, ni fuera del, ni ha estado en su poder, ni en los Archiuos de sus Estados, y por todas estas causas està redarguido de falso ciuilmente, sin tener hasta aora comprobacion alguna, y assi totalmente le quitan el credito, y son bastantes para q̃ en su virtud no se pueda mandar hazer el sequestro, porque es menester para esto, que el instrumento sea publico, solemne, y que merezca execucion, y que tenga notorio

de-

derecho por el la parte que lo pide, Roman. *conf*. 488. *in fin*. Rim. *conf*. 804. *num*. 6. Raudenf. *de analog. lib*. 1. *cap*. 39. *à num*. 125. D. Lart. *d. decif*. 58. *num*. 3. ibi: *Et qui fequeftrum petit debet docere publico inftrumento fibi ius competere, & inftrumentum executionem mereatur*. Y no fe da efta execucion en pleitos de tenuta al inftrumento, que ò no es original, Paz *cap*. 26. *num*. 7. ò quando es trafladado legitimo facado con citacion de la parte, mandamiento del Iuez, y con las demas folemnidades del derecho, demanera, que haga fee, y pruebe cumplidamente, ad tradita per Paz *d. cap*. 26. *num*. 9. 10. 15. 64. & 65. Rot. apud Peñ. *decif*. 405. *num*. 2. ibi: *Cum iudex de partibus concefiffe fequeftrum non iuftificatis litteris Apoftolicis, prout iuftificari debebat*, y por efte defecto los reuocò la Rota.

15 El feptimo, y muy graue, y vrgente es, que no fe puede mandar hazer fequeftro, fi los bienes de la fundacion no eftàn liquidos, ni confta los que fon, pues la incertidumbre eftà excluyẽdo el que fe pueda mandar, ni mandado, executar, y afsi lo afirman Bald. *conf*. 84. *num*. 1. *lib*. 1. Parif. *conf*. 41. *num*. 45. *lib*. 1. Paul. de Caftr. *conf*. 94. *lib*. 2. Crauet. *conf*. 61. *nu*. 6. Nat. *conf*. 400. *per tot. lib*. 2. Capellan. Tolofan. *decif*. 478.

16 Y afsi fe refoluiò en la Rota en otro cafo femejãte a efte, vt apud Peñ. *decif*. 394. *à num*. 4. ibi: *Nihilominus in propofita facti fpecie Domini fequeftrum denegarunt, tùm ex communi regula, quia fequeftrum regulariter eft de iure prohibitum, tùm potifsimum, quia cum nondum effet liquidatum, quæ bona effent in fideicommiffo comprehenfa propter incertitudinem non poterat dici plenè conftare de bono iure petentis fequeftrum*. Y en el *num*. 6. profigue, diziendo: *Et ex ifto leuatur propofita dificultas de timore dilapidationis, quæ non poterat habere locum refpectu bonorum non liquidatorum*. Y en el *n*. 7. *Ifsis enim non probatis non erat commodo poffefsionis priuandus*, aunque los que pedian el fequeftro tenian dos fentencias en fauor, y jufticia en lo principal; y folo porque el pleito no daua lugar, en quanto a los bienes, de no poder mandarfe hazer nada, fino es cõ vna generalidad, tuuo efte fundamento por folido, para denegar el fequeftro, y afsi concluyò, diziendo: *Sententiæ latæ ad fauorem Dominorum de Felicinis non fuadebant apponendum fequeftrum, ex quo in ei, folum in genere pronunciabatur bona relicta in hereditate Ioannis, & Laurentij fubiecta quidem fuiffe fideicommiffo, fed non declarabatur cum certitudine, & limitibus defignatis, quænam effent ea bona, & ex prædictis fuit conclufum non fore locum fequeftro*.

17 Y efta doctrina fe ajufta al pleito, porque ò fe confidere el

pretenso testamento del señor Doctor Peri-Yañez, q̃ se ha presentado por fundacion, ò a la particion que de sus bienes se dize q̃ huuo, que es vna declaracion hecha por vn Fray Antonio de Mena, (con tantos defectos, como luego se dirà) ni lo vno, ni lo otro es bastante para ello.

18 Porque en quanto al testamento, en el solo se funda mayorazgo del tercio, ibi: *Saluo el tercio de mis bienes, que mando, que ayan de meioria Iuan mi fijo, porque es el mayor, è que este tercio de meioria, que lo aya por titulo de mayorazgo, con las condiciones, è maneras que lo otro del mayorazgo, que le yo dexo ouiere de auer*. Y deste otro mayorazgo, a quien refiere, no consta, y assi solo en el tercio podia consistir el mayorazgo, porque el quinto lo sacò para disponer por su anima, ibi: *Otrosi, tomo el dicho quinto de mis bienes, para dar por Dios, y por mi anima en los lugares, que yo he fablado con mis executores.*

9 Y aunque es assi, que en el intermedio de estas dos clausulas ay otra, en que parece, que señalò para el mayorazgo, no solo el tercio, sino otros bienes, diziendo: *Mando que Villena, è las martiniegas de Toro, è Zamora del portazgo de Toro, è esso mismo los bienes que fueron de las Huelgas, quede todo al dicho Iuan de Vlloa mi fijo, è Zumel, por quanto yo la oue por ciertos dineros de juro de heredad, porque fize el troque de la dicha Zumel, è esso mismo el tercio de meioria que le fuere dado, e las dichas mis casas principales de Toro, para en toda su vida, como dicho es.*

20 En lo que excediò del tercio esta clausula no pudo valer, porque no pudiendo auer mas que vna mejora de tercio, y quinto, *l*.28.*Taur*. vbi Cifuent. *num*.2. Tell. *nu*.4. Matienç. *in l*.12.*tit*.5.*gloss*.4.*num*.1. Y sacando despues el señor Doctor Peri-Yañez el quinto para disponer por su anima, solo pudo quedar en el tercio; ni pudo consistir en la legitima el mayorazgo, porque como se le deue al hijo omnimodamente libre *l. quoniam in prioribus*, *l. omnimodo, C. de inoffic. testam.* Es necessario para poderla grauar dos cosas. La vna, que el padre especial, y expressamente graue la legitima al hijo, Alex. *in l. à filia* 62. *num*. 3. *ff. ad Trebell.* Deci. *in l. cum proponas* 16. *num*.2. *C. de pact.* Paris. *cons*. 9. *num*. 4. *vol*. 3. ibi: *Quando in testamento patris expresse cantum fuisset, quod per illum relictum filius in totum excluderetur, & legitima mentio per patrem facta esset.* Sard. *cons*. 357. *num*. 34. *lib*. 3. Grat. *tom*. 4. *cap*. 751. *num*. 21. Y no basta grauar generalmente los bienes, *l. si quando*, §. *& generaliter, C. de inoffic. testament.* Porque se reputa la legitima para

ra efecto de grauarla el padre,como bienes agenos,optimè Peregrin.*de fideicomm.artic.6.num.13.& 14.*Surd.*conſ.357.num.34.* verſic.*Non obſtat igitur,tom.*3.Grat.*cap.751.num.10.& 19.tom.4.* La otra,que el hijo dè eſpecialmente ſu conſentimiento, que no baſta que ſimple,ò generalmente lo apruebe, *d.l.ſi quando 35.§.illud,& §.generaliter,C.de inoffic.*Pariſ.*conſ.43. à num.35. ad 39. lib.3.*Surd.*de aliment.tit.9.quæſt.15.num.4.* Grat.*tom.2.cap.247. num.73.*y mejor *tom.3.cap.472.à num.19.*Peregrin.*art.36. num.* 84.& 85.Addent.ad D.Molin. *lib.2.cap.3.num.3.*verſicul.*Prima concluſio.*

21 Y aqui ambas coſas faltaron, porque ni el Doctor Peri-Yañez graua expreſſamente la legitima de los hijos, ni los hijos lo conſienten tampoco, ni huuo facultad de ſu Mageſtad. Y aſsi no huuo mas mayorazgo, que de tercio, ſin aſsignacion alguna para el,porque los bienes que aqui ſe nombraron,no ſe ſeñalaron para el,ſino en aumento ſuyo,y demas del.

22 Y eſta mejora de tercio es incierta, y que no ſe puede pedir,ni dar en el interin que por juizio de particion no cõſtare, que es lo que le toca,y pertenece,argument.*l.3.§.incertam,& l.locus, ff.de acquir.poſſeſſ.l.fideicommiſſ.§.1.ff.de vſur.*Menoch.*de recuperand.remed.9.num.221.*Gratian.*cap.649.num.12.tom.4.* ibi: *Ideo ob iſtam incertitudinem quantitatis, non poteſt aliqua poſſeſsio acquiri,*y en terminos de mejora de tercio, Suarez *in l.quoniam in prioribus in declaratione legis Regni, quæſt.7.num.11.in princip.*ibi: *Quia quocumque modo fiat dicta melioratio ſemper eſt incertitudo, quãtum debeatur pro dicta tertia,in qua eſt melioratus,neſcitur enim quantum ſit,cum dicatur deducto ære alieno,vt d.l.non amplius, §.cum bonorum.*Y la refieren, y ſiguen Azeued.*in l.3.tit.13.lib.4.nu.16.*Caſtill.*lib.3.cap.24.num.43.*Y por la miſma razon no era poſſible mandar ſequeſtrar eſte tercio.

23 Y ſi ſe conſidera la particion,es vn papel, que de ninguna manera ſe le deue dar credito,porque es vna declaracion que haze Fray Antonio de Mena,que ſe llama tercero en caſo de diſcordia de los Contadores nombrados para hazer la particion deſtos bienes,y ſe conforma con el vno dellos,diziendo, que proceden en virtud de ſentencias del Conſejo en pleito, que los herederos auian tenido ſobre la diuiſion deſtos bienes, ſin que de tales pleitos,y ſentencias conſte,ni de lo que contenian,ni de los nombramientos de los Contadores,ni del ſuyo, ni de las quentas que los primeros hizieron,porque ſolo refiere ſumariamente lo que dize

que

que auia hecho el Contador con quien se conforma, y se deue reparar en el fin de la declaracion que haze este Religioso, que no ay firma, ni signo de Escriuano alguno, porque acaba con los testigos sin tener otra solemnidad, y luego se siguen vnas notificaciones, que parece se hizieron a las partes, y estas estan firmadas de vn Pedro Rodriguez Caro Notario, y todo esto junto se acaba con vna firma que dize: Iuan Diaz, sin que se diga ni conste quien es este Iuan Diaz, con que no es justo que papel tan defectuoso pueda probar, y que en virtud del se quiera quitar vn Estado a la Condesa, hija del vltimo posseedor, si se tiene (como se deue) por tal al Conde su padre, y quando se passara a Don Diego Pardo Tauera, es nieta de su hermana, y de la linea primogenita, q̃ en vno, y otro caso assiste todo el derecho en su fauor, para que se prefiera a todos los demas opositores, y que solo en caso claro pueda ser vencida, y siendo cierto que no puede auer antiguedad de tiempo que pueda suplir tantos defectos en materia tan graue, como es querer quitar vn Estado, y mayorazgo a vna Casa, *l.4.tit.1.libr.5. Recop.* ibi: *Saluo si el caso fuere de grande importancia, assi como de bienes de mayorazgo*, Burg. de Paz *quæst. ciuil.5.nu.17.* Parej. *de instrument. edict. tit.1. resol.3.§.3.n.65.*

24 Pero demos que se huuiesse de estar a esta declaracion, y que se tuuiesse por particion, y a lo que refiere que dispuso el Contador, con quien se conforma, lo que contiene es en el vers. *Primeramente*, q̃ considera por bienes del señor Dotor Peri Yañez 155. vassallos en los lugares de Benafarces, Villa Alonso, Villa Albarba, y Zerraxas, y en el vers. *Item se falla* 1086. cargas de pan de renta en los dichos lugares.

25 Y luego se sigue en el vers. *Item digo*, que en conformidad de las sentencias de la Chancilleria, confirmadas por el Consejo, toca el quinto destos bienes a Doña Catalina, y a Doña Maria, hijas del señor Dotor Peri Yañez, *nu.8.y 10.* del arbol, y esto no corresponde al testamento presentado, antes tiene manifiesto encuentro con él, porque en el sacò el quinto para las obligaciones de su anima, y conciencia en las cosas que con sus Albaceas dexaua comunicadas, como se dixo sup. *num.11.* y de ninguna manera lo manda a las hijas, ni ay otro instrumento alguno por donde tal cosa conste, y assi es falso lo vno, ò lo otro, ò ambos instrumẽtos, ò ay otra disposicion, y fundacion diferente, a que esta particion pueda corresponder.

26 Passa luego en la clausula siguiente. *Item que deue*, y dize

lo que toca al tercio. *Item, que deue auer el dicho Diego de Vlloa por razon del dicho tercio, que los dichos señores mandaron sacar por las dichas sus sentencias para el mayorazgo del dicho Diego de Vlloa* 38. *vassallos, è mas la parte de dos vassallos*, y no señala el lugar en que se los dà, ni se sacan otros algunos vassallos para el mayorazgo.

27 Y luego diuide las 1086. cargas de pan de renta, y dize: *Item que caben, y vienen al tercio que asi se ha de sacar 286. cargas, y media*, sin que tampoco se diga en que tierras, en que parte, ni en que lugar se le dà, y quando en vnos bienes ay parte libre, y parte vinculada, el que los pidiere por mayorazgo ha de mostrar con toda distincion, que es la parte que corresponde al mayorazgo, y sino no puede obtener, como eruditamente lo resuelue Iacobo de Sancto Georgio *in rub. ff. de rei vindicat. num.* 24. *&* 25. donde por esta doctrina infiere: *Quod qui petit fundum feudalem, per mixtum cum alodiale subcumbit, nisi sciat clarum reddere, & sigilatim discernere feudum ab alodio, alioquin totum immune, ac liberum censebitur*, Surd. *cons.* 410. *à num.* 28. *ad* 34. *lib.* 3. Rosent. *de feud. cap.* 12. *conclus.* 15. *num.* 55. *&* 59. añadiendo: *Quod si dominus non probet feudalia, & vassalus reperiatur possidere, vassallo ostendente quid minimum, vel cerpitem etiam vnum de alodio, sufficit vt vassalus liberetur, vbi concessio fuerit incerta, & obscura.*

28 Respeto de lo qual no parece posible que este sequestro se pueda mandar hazer, y mucho menos que se pudiera executar, por no saberse sobre que auia de caer, ni de que bienes se auia de hazer.

29 Y a la Condesa no se podrà hazer este cargo, porq̃ es posseedora actual, y asi rea verdadera, y le basta que no pruebe quiẽ pide, *l. vti frui, ff. si vsufruct. pet.* ibi: *Vincet eo iure quo possessores sunt potiores, l. fin. C. de reivindic. l.* 2. *C. de probat. §. Retinẽda inst. de interdict.* & de iure possessoris nõ est quærendum, *l. Paul. in fin. ff. quib. mod. pign. vel hipothec. soluit. l. qui accusare* 4. *C. de edend.* Surd. *cons.* 160. *num.* 63. Cacher. *decis.* 144. *num.* 5. Giurb. *decis.* 31. *n.* 1.

30 Y porque, que los bienes que vacaron por muerte de Don Diego Pardo de Tauera sean de mayorazgo, todas las partes lo dizen, alegan, y confiessan, y por tales se deuen tener, y la Condesa no ha menester presentar fundacion, porque qualquiera mayorazgo, quando no consta della, se presume regular, Bald. *in l. liberti, num.* 31. *C. de oper. libert.* Guillerm. de Pern. *cons.* 2. *col.* 1. *fol.* 11. ibi: *Et huius quæstionis determinatio dependet de scientia, quomodo feudum peruenerit ad eum, & qualiter fuerit concessum abinitio, verum-*

rumtamen non apparente aliqua forma præsumitur concessum in for-
ma solita,& communi. Y luego añade: *Et si non apparet datur iure*
francorum, communis forma præsumitur, si nõ constat aliud per priui
legium, vel testes, ideoque ad formam præsumptam peruenitur, Hect.
Æmil. de iur feud. cap. 8. num. 39. Rosent. *de feud. cap. 2. conclus.* 58.
num. 2. & conclus. 51. & 52. *num.* 1. ibi: *Feudum simpliciter, seu indu*
bio præsumi concessum esse iuxta propriam suam naturam itant solita
omnia adsint, nulla autem insolita pacta contineat, Surd. *consil.* 440.
num. 7. vol. 3. Ludouic. Morof. *cons.* 809. *num.* 5. Dec. *cons.* 101. *n.*
22. *vol.* 1. Sess. *decis.* 36. *part.* 1. *num.* 7. & 8. D. Molin. *lib.* 1. *capit.* 3.
num. 22. Mier. 1. *part. quæst.* 48. *à num.* 46. Paz *de tenut. tom.* 1. *cap.*
34. *num.* 88.

31 Y consiguientemente tocan, y pertenecen a la Condesa,
y qualquiera que quisiere sacarlos de su persona, y linea ha de
mostrar fundacion clara, que los especifique, y expresse, y que ex-
cluia dellos con la misma especialidad a la Condesa, y se los dè al
de que no ay en el pleito mas de lo que se ha referido, que ni prue-
ua lo vno, ni lo otro.

32 El octauo y vltimo fundamento es, que ofreciendo fian-
ças, como las ofrece el Conde en la cantidad que el Consejo fue
re seruido, no se deue mandar hazer el sequestro, porque aunque
de derecho, el tuuiesse lugar, la fiança impide el que se haga, *l.*
Senatus in fin. ff. de offic. Præsid. l. fideiussor. §. *fin. qui satisdar. co-*
gant. l. litibus, C. de agricol. & cens. lib. 11. *l.* 1. §. *si frater, ff. de colat.*
bonor. ibi: *Si frater cauere non posit, portionis eius curator consti-*
tuitur, apud quem refecta pecunia colocetur, D. Couar. *practicar. c,*
16. *num.* 3. que en terminos mas apretados dixo: *Sed etsi sub esset*
aliqua suspitio fraudis futuræ, circa illius rei possessionem, vt denique
hic nouus actor, etiam obtenta victoria frustraretur, posse tunc cogi,
qui rem obtinuit ex sententia cautionem arbitrio iudicis præstare ex
qua saluum sit ius illius, qui modo agere vult, & egit. Y refiriendo
grande numero de Doctores, Post. *de manut. obseruat.* 104. *num.*
3. y con otros Salgado *de Regia protect.* 2. *part. c.* 16. *num.* 21. Ro-
ta apud Farinac. *decis.* 654. *n.* 5. & 6. Thus. *lit. S. conclus.* 212. *n.* 156.
Gratian *cap.* 531. *num.* 92. y con no pocos, D. Larrea *d. decis.* 58.
num. 11. que en el mayorazgo en que escriue en aquella decisiõ,
siendo de muchas mas circunstancias, que este que pudieran obli-
gar al sequestro, no se mandò hazer, sino dar vna fiança, y assi con
cluye en el *num.* 14. *In hoc casu Senatum, non decreuisse sequestrum*
fieri, etiamsi difficultas recuperandi fructus, si actor obtineret lõginqui
tas

tas locorum, dilatio maxima posset iudicum arbitrium in sequestrum inducere, sed solum satisdari iussum fuit, ut qui in possessione fuerat ea non priuaretur, & actori satis consultum esset satisdationi si vinceret.

Oposiciones que se hazen contra algunos destos fundamentos, y respuestas dellas.

33 Tres oposiciones se hazen contra estos fundamentos.

34 La primera es, que la possession que tomò el Conde don Fernando Miguel Arias, padre de la Condesa, no fue legitima por defecto de poder, y que assi no le puede aprouechar, y que la que tomò la Condesa su hija fue estando pendiente el pleito de tenuta, y que tampoco le pudo valer.

35 La segunda, que esta possession que tomò el Conde la pidio tambien el Marques de la Mota, con que la hizo litigiosa, y que tambien por esto se ha de sequestrar.

36 La tercera, que la Condesa no tiene derecho alguno à este mayorazgo, y que por esto tambien es justo que se le quite la possession de los bienes del, y se sequestren.

37 Pero se responde, y excluyen. La primera, porque Christual de Miranda, que pidio la possession por Febrero el año de 47. en la ciudad de Toro, en nombre del Conde don Fernando, Miguel Arias, padre de la Condesa, y a quien se dio, tuuo poder legitimo para ello, como lo fue el que le dio el Marques de Ribas, hermano del Conde como tal: porque el hermano, y qualquiera otro pariente hasta el quarto grado, con caucion de rato puede dar poder para demandar en nombre de el pariente qualquiera cosa. *L.* 10. *tit.* 5. *part.* 5. Parldor. *lib.* 2. *c. fin.* 3 *p.* §. 2. *num.* 6. 7. & 8. Bernard. Diaz, *in reg.* 125. & *ibi addit.* Thusc. *litt. M. conclus* 63. *num.* 4. & 5. Y no fue necessario mas poder, especialmente estando los bienes vacantes, y no auiendole opuesto nadie cosa alguna, y auiendola tomado en nombre del Conde, quieta, y pacificamente.

38 Lo segundo, que quando tuuiera necessidad de poder especial de el Conde (que no tuuo) el que le dio, para que en su nombre tomasse la possession, que tambien fue antes de tomarla, aprouecha, aunque no le presentò, ni se valiò del. Porque solo con estar existente antes de auerla tomado, haze valido el acto, aunque entonces no se presente, ni conste de èl, como afirman Rot.

decis.

*decis..19.alias 248.de procurator in antiq.*Banç. *de nulit, tit.ex defect, inhab nu.*116.ibi: *Et licèt pramissa de iure procedēt, nihilominus ex stilo Palatij actus gesti per Procuratorem ante quam recipiat mandatum, valent, & satis est, quod illud ante sententiam recipiat, & producatur.* Mohedan.*decis.7.aliàs 204.corā procuratore*, Rot.diuer.*decis.271.& 1503.part.3.lib.3.*Crescent.*decis.1.aliàs 18.* Tres.*nu.4.de sent. & re iudicat.* Marques.*de comis.part.2.c.2.num.8.& 9.fol.340.in 2.impres.*y con ellos Salgad.*de Reg protect.part.4.c.7.n.125.*ibi:*Circa quod vnum est notabile, quod si actum fuit cum asserto procurat.& sententia sit lata non constito demandato,& expedita executorialis, tamen si re vera illo tēpore, & in rerum natura stabat suffitiens mandatum, licet non productum, & de illo constet etiam post dictam sententiam substinetur sententia,* Tusch. *litt.M.conclus.62.num.2.& 16.*

39 Especialmente quando no se opuso del, que en tal caso es sin duda, que basta presentarle, ò que conste dèl en qualquiera tiempo. Rota apud Post, *decis.55.num.1.* Y no se opuso del defecto dèl à Christoual de Miranda, ni a el Conde, ni a otra persona hasta aora, que el Marques de Ribas lo alega en este pleito para impugnarla.

40 Y por la misma razon aun el vltimo poder que dio el Cōde por Março el mismo año de 47. aprobando, y ratificando, assi el que el auia dado a Christoual de Miranda, para tomar esta possession, como ratificando tambien esta vltima possession, y el que el Marques de Ribas su hermano auia dado en su nombre para lo mismo, tambien se auia de tener por valido y bastante, quando se necessitara del, no obstante que el Marques de la Mota huuiesse ya puesto demanda de tenuta en el Consejo, porque la ratihabicion se retrottae al tiempo del mandato, y obra, como que entonces se diera, *cap.ratihabitionem 10.de regul.iuris in 6. cap.fin.de iur.iur.eodem lib.l.semper qui non prohibet 60.ff.de reg. iur. l. licet cum similib.* y el Marques de la Mota no auia hecho acto contrario, que impidiesse la possession que tenia el Conde, como se dirà en la respuesta de la segunda oposicion.

41 A la segunda oposicion se responde, que no se puede dezir possession litigiosa la que en nombre del Conde se tomò, porque el Marques de la Mota, despues de auerla tomado el Conde la pidiesse tambien, porque lo que pudiera causar embaraço, era auerla tomado, quia plures eandem rem insolidum possideri non poterant, *l.possideri 3.§.ex contrario, ff.de acquirend.possess.l.duo*

19. *in princip. ff. de precar.* y el Marques no llegò à este estado, ni à darsela el Iuez, ni el la tomò, ni en sus pedimientos nombrò al Conde; ni contradixo la que el Conde auia tomado, ni hizo que se notificasse al Conde, ni a su procurador traslado de sus pedimientos, siendo precisso por auerla ya ocupado el Conde, que en esto se diferencian los pedimientos del Conde, y del Marques, que quã do por parte de el Conde se pidio la possession, como no estaua ocupada por nadie, no tuuo necessidad de citar a persona alguna, Bart. *in d.l. fin. nu.* 16. *C. de edict. D. Adrian. tollend.* & ibi Bald. *num.* 6. Menoch. *de adipiscend. remed.* 4. *num.* 458. Valasc. *consultat.* 191. *in princ.* Castill. *lib.* 3. *cap.* 24. *à nu.* 61. pero quando el Marques la pidiò, como ya estaua ocupada por el Conde, de necessidad deuia citarle, Peregrin. *post plures art.* 48. *num.* 18. & 35. Pont. *cons.* 1. *à num.* 1. Valasc. *de part. c.* 3. *à princ.* Parlador. *lib.* 2. *c.* 6. *per tot.* Castill. *lib.* 3. *cap.* 24. *num.* 65. & 72. aunque el posseedor fuesse injusto, Castill. *nu.* 68. & 74. y aunque fuesse de tentador, ò predon, Castill. *n.* 76. & 77.

42 Pues si el marques no llegò a tomar la possession, ni a cõtradezir la del Conde, ni a citarle, ni a hazer otro acto alguno cõtra èl, como se puede dezir que hizo su possession litigiosa? Contra las reglas de la *l.* 1. y 2. *C. de litigios.* y lo que por ellas notan los Doctores.

43 Ni el poner demanda de tenuta el Marques en el Consejo, priuò al Conde de la possession que tenia, pues sin embargo cõsisten las possessiones actuales, y se puede intentar el interdicto de el *interim* por ellas, Paz *tom.* 1. *cap.* 10. *per tot.*

44 Y porque todo esto no puede aprouechar de nada al Marques de Ribas, pues quien oy lo propone, y insiste en ello para dar motiuo cõ estos defectos al sequestro que pide. Porque ex suppositione, que la persona del Marques de Ribas fuesse en quien se reconociesse mejor derecho que en el de la Mota, y por esta razon huuiesse sido quien huuiesse dado motiuo al sequestro en el auto de vista, no puede representarlos, ni ualerse dellos, porq̃ vna possession puede ser justa, respeto de vno, aũque sea injusta, y inualida respeto de otro, como con muchas autoridades lo cõprueba Gratian. *tom.* 5. *cap.* 924. *num.* 19. 53. & 55. Castill. *lib.* 5. *cap.* 69. Salgad. *de Reg. protect.* 4. *part. cap.* 8. *num.* 97. & *de retent.* 2. *part. capit.* 11. *à num.* 50. *cum seqq.* Noguer. *alleg.* 31. *num.* 56. & 57. respeto de lo qual el Marques de Ribas, que ni el año de 47. pidiò la possession por si, ni en vida de su hermano pidiò nada, ni despues de

muerto trató de pedirla, sino que consintiò, que la Condesa la tomasse, y que aya estado en ella cerca de tres años, sin pedir cosa alguna hasta aora, es la possession del Conde, y de la Condesa justissima, respecto del, aunque tuuiesse qualesquiera defectos, en quanto al Marques de la Mota, y assi era posseedora legitima la Condesa, respeto del de Ribas su tio, y proceden en su fauor, y cõtra el todos los fundamentos ponderados, que excluyen el sequestro.

45 A la tercera oposicion respõde el señor D. Iuan de Larrea d. *decis.* 58. *num.* 2. illic: *Et hæc legis* 45. *Tauri possessio certior est, quã ea quæ ab ipso detentatore per se dispiscitur, secus verò quando cũ iudicis decreto (vt in præsenti) data possessio alteri ex litigatoribus, quippè cum tunc possideat, l. iuste, ff. de acquir. possess. non poterit ab eo abdicari possessio sequestratione, nam quamuis iudex erraret, & non verum successorem in possessionem miteret, vltra quã pro iudice, & eius decreto semper præsumitur, l. ab ea parte, 2. respons. ff. de probat. l. manumissio per liberos, ff. de manumiss. vindict.* Alciat. *præsump.* 9. *num.* 27. Menoch. *lib.* 2. *præsumpt.* 67. *per tot. Etiam si lex in verum successorem possessionem maioratus transferat, dict. l.* 45. *His tamen quis sit: Nobis omnino incertus est, & licet quo ad legem persona successoris semper certa sit, l. cum quo, §. suum hæredem, ff. de acquir. possess. Quo ad nos verò ante quam declaratio successoris fiat effectus ocultatur, ita vt quamuis quo ad institutorem maioratus, & legem ipsam non pendeat successionis delatio, tamen pendet quo ad ipsum successorem ante quam declaretur quis sit, vt post Molinam lib.* 3. *cap.* 10. *nu.* 28. *cum seqq. ex l. vlt. ff. commun. prædor. tradit Paz de tenut. cap.* 10. *nu.* 34. 35. *& per tot. cap. & in num.* 24. *expresse in nostro casu sequestrationem locum non habere, quando iudicis authoritate apprehensa possessio fuit, nam, & si lex in alium, idest, verum successorem transferret possessionem, id autem obumbratum est iudicis decreto, & qui possidet authore, Prætore ius habet acquisitum ex iuridica, & quieta possessione in qua erat tempore litis mota.*

46 Y como el mismo Paz resuelue, *cap.* 10. *nu.* 11. *cum seqq.* no se ha de tratar aqui en la entrada del pleito de quien sea legitimo sucessor, sino de quien està en la possession, para euitar el sequestro, y ampararle en ella.

47 Y porque no se puede dezir, que tiene justicia ninguno de los dos Marqueses, aunq̃ tuuieran las clausulas muy en su fauor, quando padecen tales defectos, è incertezas los instrumentos de que se valen, como considerò la Rota apud Peñ. *decis.* 394. *num.* 4. re-

referida *sup.num.* ibi: *Et propter in certitudinem non poterat dici plenè constare de bono iure petentis sequestrum.*

48 Y finalmente, si el tiempo diera lugar, fundaramos, q̃ aun segun estàn las clausulas, no tiene exclusion la Condesa, y que ha de suceder, y preferirse à los Marqueses por la àssistencia del derecho, y hallarse en la linea derecha, en que no ày varon alguno. Pero ni la cortedad del tiempo dà lugar a ello, ni parece necessario, quando le àssisten tantos fundamentos, q̃ excluyen el sequestro, en cuya conformidad esperamos se ha de determinar, reformando el auto de vista. Salua en todo. D.S.C.

Lic. D. Iuan Muriel.